

WYROK
z dnia 20 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2019 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UTILA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy, EU CONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Gdańska** (ul. Targowa 42/20 03-733 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z Warszawy** (al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa)

przy udziale wykonawcy: **Bluehill Sp. z o.o. z Warszawy** (ul. Stępińska 22/30, 00-739 Warszawa) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UTILA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy, EU CONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Gdańska** (ul. Targowa 42/20 03-733 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza na rzecz zamawiającego: **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z Warszawy** od odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UTILA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy, EU CONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Gdańska** kwotę **3.600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług badawczych, doradczych, opracowań eksperckich oraz organizacji spotkań konsultacyjnych, służących przygotowaniu dokumentacji konkursowej przeprowadzeniu konkursu grantowego dla JST w ramach projektu pt. „Usługi indywidualnego transportu door-to-door oraz poprawa dostępności architektonicznej wielorodzinnych budynków mieszkalnych”. Działanie 2.8 PO WER, nr postępowania: ZP/20/19. Odwołujący - wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: UTILA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EU CONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku wnieśli odwołanie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, wobec naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla punktacji przyznanej ofertom w kryterium dotyczącym „Doświadczenia Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu”, pomimo że zamawiający jest do tego zobligowany zgodnie z naruszoną zasadą przejrzystości wyrażoną w art. 7 pzp oraz konkretyzującą ją normą zawartą w art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - wybór oferty wykonawcy BLUEHILL sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowo zbadana i oceniona oferta Odwołującego, z której wynika udział eksperta w przygotowaniu/opracowaniu 3 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno - gospodarczych, obliguje Zamawiającego do przyznania odwołującemu 10 (dziesięciu) dodatkowych punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu” [rozdział XVI, pkt 5) lit b) SIWZ], co powodowałoby, że oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą;
- 3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego przez Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie doświadczenia Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym zwróceniu się o udzielenie takich wyjaśnień do wykonawcy BLUEHILL sp. z o.o., czym naruszona została zasada równego traktowania wykonawców, a co miało wpływ na wynik

postępowania bowiem udzielenie wyjaśnień w tym zakresie przez Odwołującego przełożyłoby się na posiadane przez Zamawiającego informacje potrzebne do oceny ofert, 4) art. 87 ust. 1 Pzp - nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy BLUEHILL sp. z o.o. jako oczywistej omyłki pisarskiej w złożonej przez niego ofercie, w sytuacji gdy z ich treści w sposób jednoznaczny wynika fakt, że wyjaśnienia te w sposób rażący wykraczają poza granicę możliwości zastosowania instytucji oczywistej omyłki pisarskiej, jak również stanowią one niedopuszczalne prowadzenie negocjacji z Zamawiającym oraz prowadzą do istotnej zmiany w treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (2) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wybrania oferty najkorzystniejszej; ewentualnie – (3) nakazanie Zamawiającemu sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego w sposób nie budzący wątpliwości będą wynikać decyzje w zakresie oceny kryterium „Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu”.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż w razie rozstrzygnięcia niniejszego odwołania w interesie i na korzyść Odwołującego, możliwe byłoby zawarcie umowy przez Zamawiającego z Odwołującym. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. W przedmiotowej sprawie oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów-zostanie uznana za najkorzystniejszą wobec uzyskania najwyższej liczby punktów.

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności:

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, błędnie ocenił ofertę Odwołującego, przyznając „0” zamiast „10” w zakresie kryterium „Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu”.

Zgodnie z punktem 5. Rozdziału XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w kryterium 4 „Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu” Wykonawca może uzyskać maksymalnie 10 punktów. Punkty miały zostać przyznane zgodnie z następującymi zasadami:

- Doświadczenie w przygotowywaniu/opracowywaniu 2 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno-gospodarczych - 5 pkt

- Doświadczenie w przygotowywaniu/opracowywaniu 3 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno-gospodarczych -10 pkt

Dodatkowo w pkt. 2 d) rozdziału IV SIWZ Zamawiający określił wymagania minimalne dotyczące Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej. Brzmiały one następująco: osoba posiadająca wykształcenie wyższe, która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczyła w przygotowywaniu/opracowaniu 1 dokumentacji konkursowej w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno- gospodarczych.

Odwołujący dla potrzeb spełniania wyżej opisanych warunków w ofercie złożonej w dniu 7.10.2019 roku jako eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej przedstawił Panią A. O., prawnika z wykształcenia. Osobę, która w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczyła w przygotowaniu/opracowaniu 3 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne służące realizacji projektów społeczno-gospodarczych. Wykonawca podał, że „Każdy z wymienionych projektów:

1. był realizowany w wymaganym terminie:

- 1.1. Projekt nr 1: luty 2019- maj 2019
- 1.2. Projekt nr 2: październik 2018- styczeń 2019
- 1.3. Projekt nr 3: listopad 2018- styczeń 2019

2. był ogłaszany przez podmioty publiczne:

- 2.1. Projekt nr 1: Urząd Miasta Hajnówka
- 2.2. Projekt nr 2: Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, Departament Kultury i Dziedzictwa Narodowego
- 2.3. Projekt nr 3: Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, Departament Ochrony Środowiska

3. służył realizacji projektów społeczno-gospodarczych:

3.1. Projekt nr 1 dotyczył tematyki: rewitalizacji, wsparcia osób niepełnosprawnych i działań na rzecz organizacji pozarządowych - konkurs premiujący oferty wspólne, łączący różne zadania publiczne w jednym trybie (innovacja). Wyłonione w ramach konkursu podmioty realizowały projekty związane z tematyką rewitalizacji społecznej, dotyczące wspierania organizacji pozarządowych oraz osób z niepełnosprawnościami. Działania te należy zaliczyć do działań z zakresu społeczno- gospodarczego.

3.2. Projekt nr 2 dotyczył: Prawa człowieka. W ramach konkursu wyłoniono podmiot realizujący projekty sferze upowszechniania i ochrony wolności i praw człowieka oraz swobód obywatelskich, a także działań wspomagających rozwój demokracji. Działania te należy zaliczyć do działań z zakresu społeczno-gospodarczego.

3.3. Projekt nr 3 dotyczył: roli środowiska przyrodniczego w świadomości społecznej. Celem konkursu było podnoszenie świadomości społecznej o roli i ochronie zadrzewień oraz krajobrazu i ładu przestrzennego. Konkurs miał zachęcać do podejmowania działań związanych z rolą drzew, krzewów i terenów zieleni z uwzględnieniem warunków społecznych, kulturowych i gospodarczych w formule regrantingu, tak by aktywizować mieszkańców, organizacje pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z 24.04.2003. Działania te należy zaliczyć do działań z zakresu społeczno- gospodarczego.

W każdym też przypadku Pani A. O. uczestniczyła w procesie opracowania/przygotowania dokumentacji konkursowej. W przypadku wątpliwości w tym zakresie, Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie - Zamawiający nie był bowiem wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, mimo, że podejmował się takich czynności w przypadku innych osób, w tym dwukrotnie w przypadku oferty składanej przez BLUEHILL sp. z o.o. Takie działanie może świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego. Jednocześnie w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do treści złożonej oferty, miał on obowiązek zażądania od Odwołującego wyjaśnień w tym zakresie. Wskazał na orzecznictwo:

- 1) KIO/UZP 149/10 oraz KIO/UZP 1443/09,: „skorzystanie z jego dyspozycji (art. 87 ust. 1 pzp) nie jest verba legis czynnością obligatoryjną, lecz uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest wykorzystanie środków wskazanych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oferty, która może być poprawna merytorycznie, przed dokonaniem jej odrzucenia. Wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty”; „Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp”.
- 2) KIO 180/2018: (...) w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uregulował instytucję wyjaśniania treści oferty przede wszystkim jako uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Uprawnienie to może się jednak przerodzić w obowiązek Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia przez niego występowania wątpliwości co do treści oferty złożonej przez danego wykonawcy, jeżeli może to mieć znaczenie dla ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty”;
- 3) KIO 212/2018: „W sytuacji kiedy występują wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zamawiający są uprawnieni a wręcz zobligowani do skorzystania z art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty" ().

Zdaniem Odwołującego, w postępowaniu naruszono także normę z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp przez faktyczną zmianę treści oferty, czego przepis ten wprost zakazuje. Dokonana przez wykonawcę BLUEHILL sp. z o.o. zmiana nie jest efektem omyłki pisarskiej i ma istotny wpływ na treść oferty i przyznaną punktację. Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku (wyrok z dnia 27.06.2008r., sygn. XII Ga 206/08), jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Ponownie wskazał na orzecznictwo:

- 1) KIO 73/14: Izba uznała za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp niezamierzone, wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Izby wystąpiła, zdaniem składu orzekającego, tego rodzaju okoliczność, albowiem rozstrzygające znaczenie miała przyjęta dla całego dokumentu Formularza metoda jednolitego jego wypełniania przy zastosowaniu w każdej z pozycji prawej kolumny metody „kopiuj - wklej.” Jednocześnie Izba stwierdziła, że stosując wzór tego Formularza, wykonawca zmodyfikował szerokość kolumn tak, że kolumna prawa wymagająca wypełnienia przez odwołującego była węższa niż kolumna lewa opisująca wymagane parametry według specyfikacji. Konsekwencją tego, zdaniem Izby, był brak w wersji papierowej dokumentu ostatnich wyrazów z kolumny lewej. Tym samym, sporne cztery pozycje w Formularzu, w których z powodów technicznych pominięto ostatnie wyrazy z kolumny lewej, podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.
- 2) KIO/UZP 11/09 i KIO/UZP 1326/08: Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów. Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian.

3) KIO 1891/14: Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym.

Zmiana, która została wskazana jako „oczywista omyłka pisarska”, z przyczyn wskazanych powyżej, nie może być tak zakwalifikowana. Wykonawca BLUEHILL sp. z o.o. odwołał się wprost to treści innego dokumentu, z którego miałyby wynikać, że wskazana data winna być inna i dlatego ma ona stanowić omyłkę pisarską. Mając jednak na uwadze treść złożonego przez wykonawcę BLUEHILL sp. z o.o. oświadczenia w ofercie i znaczną rozbieżnością w dacie (zupełnie inny dzień i zupełnie inny miesiąc) wprowadzenie takiej zmiany stanowi faktycznie znaczącą zmianę treści oferty, która jest niedopuszczalna w świetle treści art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego w treści art. 92 ust. 1 Pzp, nie zawarł w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego, do czego jest zobligowany treścią tego przepisu. Przyznając Odwołującemu „0” punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunkach udziału w postępowaniu”, co zaważyło na wyniku postępowania, Zamawiający winien był uzasadnić podstawy dokonanej oceny. Nie czyniąc tego, uniemożliwił Odwołującemu zbadania zasadności swojego postępowania. Wskazał na wyrok KIO 517/17, w którym Krajowa Izba Odwoławcza dokonując analizy znowelizowanego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp stwierdziła, że: „(...) porównując treść tego przepisu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. - można dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy - zmieniającego ten przepis poprzez dodanie in fine sformułowania „podając uzasadnienie faktyczne i prawne” - było przesądzenie kwestii dotyczącej powinności Zamawiającego co do uzasadniania wszystkich dokonywanych przez niego czynności - w tym również czynności przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom. Powyższa zmiana - w ocenie izby - miała zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem Zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego - i przyjętej przez Ustawodawcę konstrukcji tego przepisu - wynika zatem zamiar Ustawodawcy - również wobec wyartykułowanej w ustawie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. zasadzie przejrzystości - aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem - nie tylko co do czynności wykluczenia, odrzucenia i wyboru oferty, ale również co do przyznawanej przez Zamawiającego punktacji poszczególnym wykonawcom, - gdyż niewątpliwie uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej punktacji jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa chociażby na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. Zauważył ponadto, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem przywołany przepis - po nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. - wskazuje na wymóg stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko - jak to miało miejsce dotychczas - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również zasady proporcjonalności i przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest właśnie znowelizowany art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez Zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Nie ulega wątpliwości - że samo podanie przez Zamawiającego przyznanej punktacji bez właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, może utrudniać wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Nie ulega również wątpliwości - co niejednokrotnie zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - że wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia - co zostało przesądzone niniejszą nowelizacją ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby wobec przyjętej nowelizacją zasady przejrzystości wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do informowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien uzyskać od Zamawiającego informację, dlaczego w danym kryterium nie otrzymał maksymalnej punktacji i czym Zamawiający kierował się przyznając mu taką, a nie inną ilość punktów." Stanowisko takie zostało potwierdzone w wyroku KIO 1577/17: „Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z powyższego wynika, iż wszystkie czynności, o których mowa we wskazanym wyżej przepisie, winny być przez zamawiającego uzasadnione. Obowiązek ten dotyczy również uzasadnienia czynności oceny ofert i przyznawania im punktów. Wobec każdego wykonawcy uzasadnienie przyznania określonej ilości punktów jego ofercie jest o tyle oczywiste, że każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi emanację zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego

zamawiającego. W ocenie izby informacje podane odwołującemu w zakresie przyznania mu punktów w kryterium "Innowacyjność projektowa" nie spełniają wymogów pozwalających uznać je za uzasadnienie w rozumieniu art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p. Podnieść należy, iż kryterium to nie było oceniane na podstawie wzoru matematycznego czy innego równie precyzyjnego sposobu, gdzie przyznanie punktów stanowi wynik operacji matematycznej na podstawie podstawionych danych bądź pozwala na zasadzie zerojedynkowej ustalić, czy dana ilość punktów się wykonawcy należy czy nie. Przyznawanie punktów w kryterium "Innowacyjność projektowa" było wynikiem oceny projektanta, który dokonywał tej oceny w oparciu o posiadaną wiedzę, własne doświadczenie i przekonanie co do tego, na czym zaferowana innowacyjność może, a na czym nie może polegać. O podstawach takiej, a nie innej oceny odwołujący winien być zostać powiadomiony." W konkluzji wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 15/11/2019) oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego powołując się na art.186 ust.1 Pzp zd. ostatnie wskazał, co następuje:

(...) Żądaniem w niniejszym przypadku było m.in. żądanie ewentualne, polegające na zobowiązaniu Zamawiającego do sporządzenia i przekazania uzasadnienia dla czynności oceny ofert (przyznawania punktów), Zamawiający poniżej przedstawia uzasadnienie swojej decyzji w zakresie przyznanej punktacji w kryterium "oświadczenie eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu": Wykonawca (Odwołujący) otrzymał w tym kryterium zero punktów, gdyż wykazał wyłącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w formularzu ofertowym informacji dotyczących konkursu nr 1 realizowanego na rzecz Urzędu Miasta Hajnówka, gdzie Pani A. O., zgodnie z oświadczeniem Odwołującego współtworzyła ogłoszenie o konkursie, w tym rezultaty i kryteria oceny. Za doświadczenie minimalne (wykazanie spełnienia warunku) punkty zgodnie z SIWZ nie były przyznawane, gdyż minimalną liczbę 5 pkt można było uzyskać dopiero za odpowiednie doświadczenie w dodatkowym konkursie (łącznie 10 pkt za dodatkowe doświadczenie w dwóch dodatkowych konkursach). W pozostałych dwóch konkursach wskazanych w formularzu oferty dotyczących doświadczeń Pani O. wskazano, iż jest to doświadczenie w zakresie „edukacji w obszarze zmian w rozporządzeniu dotyczącym wzoru' ofert, a co za tym idzie treści w ogłoszeniu. Konsultacje ogłoszenia o konkursie, w tym rezultatów i kryteriów oceny”. Zarówno działania polegające na edukacji, jak i konsultacje nie są to czynności polegające na przygotowywaniu/opracowywaniu dokumentacji konkursowej. Konsultacje to zgodnie z definicją zamieszczoną w słowniku języka polskiego zasięgnięcie opinii, udzielanie rad i wyjaśnień, co za tym idzie nie jest to udział w przygotowywaniu/opracowywaniu dokumentacji,

lecz co najwyżej doradztwo dla osób, które czynności związane z przygotowaniem/opracowywaniem wykonują.

Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący przy konkursie nr 1 wskazał, że Pani O. współtworzyła dokumentację konkursową, a w pozostałych konkursach, że zakres jej czynności ograniczał się do konsultacji, co za tym idzie, to sam Odwołujący odmiennie opisał zakres jej czynności w danych projektach wskazując, że rola, którą pełniła była inna. Ponadto z wiedzy Zamawiającego wynika, że udział w/w osoby w tych konsultacjach w zakresie dotyczącym przygotowywania i opracowywania dokumentacji konkursowej nie miał miejsca. Zakres informacji podanych w wykazie doświadczeń Pani O. wskazujący na brak uczestnictwa w/w osoby w czynnościach opracowywania/przygotowywania dokumentacji konkursowej pokrywa się z wiedzą Zamawiającego, iż nie uczestniczyła ona w opracowywaniu/przygotowywaniu takiej dokumentacji. Przyznano tym samym ocenianej ofercie w tym kryterium zero punktów, gdyż uzupełnienie oferty o nowe doświadczenia lub zamiana osób nie jest dopuszczalna”.

Odnosnie zarzutu drugiego stwierdził, że: „Ze względu na prawidłową ocenę oferty Odwołującego w kryterium, którego dotyczył zarzut nr 1 i zgodne z postanowieniami SIWZ przyznanie 0 punktów, najwyższą ocenę wśród ofert podlegających badaniu i ocenie uzyskuje oferta Bluehill Sp. z o.o., w konsekwencji zarzut jest bezpodstawny i nie zasługujący na uwzględnienie”.

W przypadku zarzutu trzeciego podał: „Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zwracał się do Wykonawcy Bluehill Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści oferty w zakresie doświadczenia Eksperta ds. opracowania dokumentacji konkursowej nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zamawiający wzywał Wykonawcę Bluehill Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, ale nie dotyczyły one tego Eksperta (treść wezwań stanowi załącznik do niniejszego pisma). Jednocześnie wezwanie to było zasadne, gdyż bez niego zamawiający nie był w stanie uzyskać pełnej informacji niezbędnej do oceny oferty. W tej sytuacji zgodnie z orzecnictwem, jeśli Zamawiający nie skorzysta z uprawnienia do wyjaśnień, to ocena ofert może być obarczona wadą nienależytej staranności (...). Zamawiający może więc nie skorzystać ze swego uprawnienia tylko wówczas, gdy ma pewność, że mimo niejasności w ofercie zna stan faktyczny niezbędny mu do prawidłowej oceny ofert. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku oceny oferty Odwołującego. Zamawiający nie widział powodu wezwania Odwołującego do wyjaśnień, gdyż posiadana przez niego wiedza pozwalała mu uznać, że doświadczenia opisanego w kryterium będącym przedmiotem sporu (dodatkowego doświadczenia w opracowywaniu/przygotowywaniu dokumentacji konkursowej), osoba wskazana przez Odwołującego (p. O.) nie posiada. Prawidłowość wniosku Zamawiającego potwierdzają dowody, które Zamawiający przedłożył podczas rozprawy”.

Odnosnie zarzutu czwartego stwierdził: (...) Zamawiający w toku wyjaśnień treści oferty Wykonawcy Bluehill Sp. z o.o. prowadzonych na podstawie art. 87 ust 1, uzyskał od tego Wykonawcy informację, że w toku przygotowywania oferty doszło do omyłki pisarskiej. Jednakże pogląd ten nie został przez Zamawiającego podzielony i nowa informacja przekazana przez Wykonawcę nie została uwzględniona, a punkty naliczone Wykonawcy Bluehill Sp. z o. o. w ramach kryteriów oceny ofert zostały przyznane z pominięciem badania, wobec którego ten Wykonawca próbował wykazać, że do omyłki doszło. Zarzut 4 nie znajduje więc potwierdzenia w okolicznościach sprawy i czynnościach zamawiającego a tym samym również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił Bluehill Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp: 1) art. 92 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 7 ust. 1 z uwagi na zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla ocen ofert w świetle kryteriów oceny; 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 z uwagi na nieprawidłowy wybór oferty Bluehill Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, spowodowany nieprawidłowym przyznaniem punktów w ramach kryteriów oceny ofert ofercie Odwołującego; 3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 z uwagi na zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie, w którym przyznano jej zbyt niską ocenę, pomimo że o wyjaśnienia treści oferty zwrócono się do drugiego z wykonawców, którego ofertę wybrano następnie jako najkorzystniejszą; 4) art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na błędne uznanie, że w ofercie wykonawcy Bluehill Sp. z o.o. doszło do omyłki (oczywiście omyłki pisarskiej) którą można poprawić, podczas gdy były to w ocenie Odwołującego niedopuszczalne negocjacje z wykonawcą.

Rozstrzygając o zarzutach we wskazanym zakresie Izba miała na uwadze regułę ustaloną przepisem art. 191 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Stan rzeczy stosownie do ust. 1 tego przepisu ustalany jest po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w postępowaniu przed Izbą i dostatecznym wyjaśnieniu tych okoliczności, na których oparto w odwołaniu zarzuty. Izba także miała na uwadze regułę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp w myśl której KIO uwzględnia odwołanie: „jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

W przypadku zarzutu z punktu 1 odwołania (naruszenia art. 92 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp) żądanie ewentualne dotyczy zobowiązania Zamawiającego do sporządzenia i przekazania uzasadnienia dla czynności oceny ofert (przyznawania punktów) w kryterium "oświadczenie eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu". Odwołujący podkreślał, że ten zarzut jest oparty na braku informacji o podstawach przyznanej oceny.

Izba w zakresie tego zarzutu zwraca uwagę, że art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odnoszący się do powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wymaga oprócz informacji o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji także podania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego. W zawiadomieniu z dnia 31/10/2019 r. Zamawiający wskazał na art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp informując, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz, że ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca Bluehill sp. z o.o. (...). W uzasadnienie wyboru podał, że ten (...) Wykonawca uzyskał najwięcej punktów wg kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. W postępowaniu złożono 2 oferty. Zamawiający przedstawia streszczenie oceny złożonych ofert". Streszczenie zamieścił w tabeli, a w kolumnie: „Liczba punktów otrzymanych w kryterium Doświadczenie Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu” Odwołujący otrzymał „0” punktów.

Zgodnie z punktem 5. Rozdziału XVI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w kryterium 4 punkty miały zostać przyznane zgodnie z następującymi zasadami: (1) Doświadczenie w przygotowywaniu/opracowywaniu 2 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno-gospodarczych - 5 pkt; (2) Doświadczenie w przygotowywaniu/opracowywaniu 3 dokumentacji konkursowych w konkursach organizowanych przez podmioty publiczne lub na zlecenie podmiotów publicznych służącej realizacji projektów społeczno-gospodarczych -10 pkt. Zatem z przekazanej informacji wynikało, że w przypadku Odwołującego tylko jedna praca mogła zostać zaliczona, jednakże z tego zestawienia nie wynikało, które prace nie zostały zakwalifikowane jako spełniające warunki. Tabela nie zawierała opisów. Niewątpliwie na gruncie art. 92 ust.1 pkt 1 Pzp można oczekiwać, że obowiązek uzasadnienia czynności oceny ofert dotyczy także przyznawanych w danym kryterium punktów. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie KIO podanie m.in. uzasadnienia faktycznego oceny oferty w danym kryterium (poza cenowym) stanowi emanację zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość przesłania procesu decyzyjnego zamawiającego. Ale jednocześnie Izba stwierdza, że Zamawiający wykonał to żądanie w odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając jednocześnie na rozprawie dowody potwierdzającego wynik jego oceny. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych domagając się *de facto* uwzględnienia jego interpretacji spornego

postanowienia. Zamawiający uwzględniając ten zarzut, (w odpowiedzi na odwołanie w wykonaniu tego żądania, powołując się na art. 186 ust. 1 zd. ostatnie Pzp), przedstawił uzasadnienie jego decyzji w zakresie przyznanej punktacji, podając: *„Wykonawca (Odwołujący) otrzymał w tym kryterium zero punktów, gdyż wykazał wyłącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w formularzu ofertowym informacji dotyczących konkursu nr 1 realizowanego na rzecz Urzędu Miasta Hajnówka, gdzie Pani A. O., zgodnie z oświadczeniem Odwołującego współtworzyła ogłoszenie o konkursie, w tym rezultaty i kryteria oceny. Za doświadczenie minimalne (wykazanie spełnienia warunku) punkty zgodnie z SIWZ nie były przyznawane, gdyż minimalną liczbę 5 pkt można było uzyskać dopiero za odpowiednie doświadczenie w dodatkowym konkursie (łącznie 10 pkt za dodatkowe doświadczenie w dwóch dodatkowych konkursach). W pozostałych dwóch konkursach wskazanych w formularzu oferty dotyczących doświadczeń Pani O. wskazano, iż jest to doświadczenie w zakresie „edukacji w obszarze zmian w rozporządzeniu dotyczącym wzoru ofert, a co za tym idzie treści w ogłoszeniu. Konsultacje ogłoszenia o konkursie, w tym rezultatów i kryteriów oceny. Zarówno działania polegające na edukacji, jak i konsultacje nie są to czynności polegające na przygotowywaniu/opracowywaniu dokumentacji konkursowej. Konsultacje to zgodnie z definicją zamieszczoną w słowniku języka polskiego zasięganie opinii, udzielanie rad i wyjaśnień, co za tym idzie nie jest to udział w przygotowywaniu/opracowywaniu dokumentacji, lecz co najwyżej doradztwo dla osób, które czynności związane z przygotowaniem/opracowywaniem wykonują”*. Jednocześnie zwrócił uwagę, że (...) *Odwołujący przy konkursie nr 1 wskazał, że Pani O. współtworzyła dokumentację konkursową, a w pozostałych konkursach, że zakres jej czynności ograniczał się do konsultacji, co za tym idzie, to sam Odwołujący odmiennie opisał zakres jej czynności w danych projektach wskazując, że rola, którą pełniła była inna. Ponadto z wiedzy Zamawiającego wynika, że udział w/w osoby w tych konsultacjach w zakresie dotyczącym przygotowywania i opracowywania dokumentacji konkursowej nie miał miejsca. Zakres informacji podanych w wykazie doświadczeń Pani O. wskazujący na brak uczestnictwa w/w osoby w czynnościach opracowywania/przygotowywania dokumentacji konkursowej pokrywa się z wiedzą Zamawiającego, że nie uczestniczyła ona w opracowywaniu/przygotowywaniu takiej dokumentacji. Przyznano tym samym ocenianej ofercie w tym kryterium zero punktów, gdyż uzupełnienie oferty o nowe doświadczenia lub zamiana osób nie jest dopuszczalna”*.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp wnoszący odwołanie podał, że Zamawiający nie zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie doświadczenia kandydata na „Eksperta ds. opracowywania dokumentacji konkursowej” powyżej doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu, przy

jednoczesnym zwróceniu się o udzielenie takich wyjaśnień do wykonawcy Bluehill sp. z o.o. i jednocześnie niezasadnie uznał te wyjaśnienia.

Izba zwraca uwagę, że wezwanie o wyjaśnienie treści oferty skierowane do wykonawcy Bluehill Sp. z o.o. nie dotyczyły doświadczenia Eksperta ds. opracowania dokumentacji konkursowej nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zamawiający w istocie wzywał wykonawcę Bluehill Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, ale treść wezwania (pismo z dnia 23.10.2019 r.) dotyczyła dwóch innych kandydatów (pkt 2 i 3 w rozdziale XVI. 1 siwz: eksperta ds. badań ilościowych oraz kierownika badania). Ponadto okoliczność (ostatnia ze wskazanych) nie potwierdziła się, albowiem wyjaśnienia te nie zostały uwzględnione.

Izba mając na uwadze wskazywane reguły i nie zgadzając się z interpretacją wymagania przedstawioną przez Odwołującego stwierdza również, że sporne wymaganie niewątpliwie dotyczyło przygotowywania/opracowywania dokumentacji konkursowych (...), a w żadnym wypadku „edukacji” czy „konsultacji” interpretowanej jako „przygotowywanie” czy „opracowywanie”, które to czynności mają definitywnie inny charakter. Tu Izba zgodziła się z Przystępującym, że konsultacje mogą być prowadzone przed przygotowaniem dokumentacji konkursowej (wyprzedzające), lub też po przygotowaniu dokumentacji konkursowej (post factum). Zamawiający zatem na podstawie zawartych w formularzu ofertowym Odwołującego (i informacji dostępnych) miał prawo dokonać oceny oferty w tym kryterium i na tej podstawie przyznał odpowiednią punktację, przyjmując – stosowanie do literalnego brzmienia treści formularza ofertowego, że w ramach projektu 2 i 3 wykonywane były konsultacje oraz edukacja co do treści ogłoszenia, a nie projektowanie i opracowanie dokumentacji konkursowej. Zakres zadań eksperta wykonywanych w ramach projektu 2 i 3, był opisany w sposób jednoznaczny, co w konsekwencji spowodowało przyznanie 0 punktów w kryterium poza cenowym 4. Tym samym wskazywane w odwołaniu naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 7 ust.1 Pzp jest niezasadny. Odnośnie prawidłowości badania oferty Przystępującego zarzut naruszenia art. 87 ust.1 także nie potwierdził się albowiem jak już wcześniej wskazano zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień do wykonawcy Bluehill sp. z o.o. dotyczyło innej materii niż ta objęta żądaniem Odwołującego. Ponadto zastosowana procedura nie spowodowała uwzględnienia wyjaśnień i tym samym jej zastosowanie pozostawało bez wpływu na wynik punktacji. W konsekwencji kluczowy zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp należało uznać za niezasadny, albowiem w stanie faktycznym sprawy (uwzględniając zakres podnoszonych zarzutów) wybór oferty wykonawcy Bluehill sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej nie naruszał wskazanego przepisu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....